

B 2.6	2. Révision de l'accord international sur les marchés publics (AIMP) du 1er février 2000 (Deutscher Text B 2.6 1.)
-------	---

Empfehlungen, Stellungnahmen; Art. 8 Abs. 2 BGBM

Recommandations, préavis; art. 8 al. 2 LMI

Raccomandazioni, preavviso; art. 8 cpv. 2 LMI

Recommandations selon l'article 8 alinéa 2 LMI de la Commission de la concurrence du 17 avril 2000 concernant la révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) (Adaptation aux accords bilatéraux CH – CE) destinées à la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement

1. Introduction

1. Le 7 février 2000, la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection

¹³ Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 VI 6128, 6205; Sonderdruck, S. 78.

¹⁴ A.a.o., S. 6205 f., bzw. S. 78 f. sowie S. 6210 bzw. S. 83.

de l'environnement a mis en consultation interne un projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Dans un souci de transparence et de collaboration, ce projet a également été soumis à la Commission de la concurrence pour prise de position facultative.

2. Le projet a d'une part pour objectif d'adapter l'AIMP aux engagements des cantons résultant de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics (accord bilatéral sur les marchés publics). D'autre part, il vise à uniformiser les valeurs seuils de la procédure d'adjudication pour les marchés qui ne sont pas compris dans les engagements internationaux et donc uniquement réglementés par le droit interne.

3. Les présentes recommandations sont élaborées sur la base de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02). L'article 8 alinéa 2 LMI confère à la Commission de la concurrence la faculté d'adresser à la Confédération, aux cantons et aux communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants. Elles ne traitent du projet de révision que sous l'angle de la LMI.

4. En mai 1998, la Commission de la concurrence s'est déjà prononcée sur un projet de révision de l'AIMP du 25 mars 1998, qui aurait largement uniformisé les marchés publics cantonaux et communaux en Suisse¹. Elle y fait référence chaque fois que cela paraît nécessaire.

2. Exigences minimales de la LMI pour les cantons et communes en matière de marchés publics

5. La LMI contient des règles minimales qui doivent être respectées dans le cadre des marchés publics des cantons et des communes. Ce sont:

- Le principe de non-discrimination (art. 5 en relation avec l'art. 3 LMI),
- La publication des projets de grande importance ainsi que des critères de participation et d'attribution du marché (art. 5 al. 2 LMI), et
- La règle prévoyant que les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours (art. 9 al. 1er LMI) et que le droit cantonal doit prévoir au moins une voie de recours devant une instance cantonale indépendante de l'administration (art. 9 al. 2 LMI).

¹ Recommandations de la Commission de la Concurrence du 18 mai 1998 concernant le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 mars 1998 (Recommandations rév. AIMP), RPW/DPC 1998/2, p. 329 ss.

6. Une dérogation à ces exigences minimales est uniquement possible aux conditions énoncées à l'article 3 LMI. Ainsi, des restrictions sont admissibles, pour autant qu'elles sont appliquées de la même façon aux offreurs locaux, sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et qu'elles répondent au principe de la proportionnalité. Enfin, les restrictions ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux. La LMI ne contient pas de dispositions détaillées en matière de marchés publics, mais vise simplement à garantir un accès non discriminatoire au marché.

7. Par la notion de "marchés publics", on entend les marchés des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales. L'article 5 alinéa 1 LMI saisit en principe l'ensemble des dépenses effectuées par les entités chargées de l'exécution de tâches publiques dans l'accomplissement de leur mission².

3. Appréciation générale du projet

8. La Comco considère le projet comme très positif dans son ensemble. Elle tient à saluer les efforts déployés par les cantons pour régler les marchés publics dans le sens d'un marché intérieur helvétique. Les points suivants sont particulièrement importants et correspondent aux exigences minimales de la LMI:

- Le champ d'application du projet comprend tous les marchés publics des cantons et des communes;
- Il existe des valeurs seuils applicables aux procédures d'adjudication, sous forme de limites supérieures, identiques pour toute la Suisse. Les cantons ont néanmoins la possibilité d'opter pour des valeurs seuils plus basses;
- les marchés publics qui, en vertu de la clause de bagatelle, n'entrent pas dans le champ d'application soumis à des accords internationaux, sont adjudgés selon les règles du droit suisse;
- Les garanties légales sont renforcées pour tous les types de marchés, dès lors que l'adjudication doit en principe revêtir la forme d'une décision susceptible de faire l'objet d'un recours devant une instance cantonale indépendante³.

² Recommandations de la Commission de la concurrence du 13 novembre 1996 relatives au projet d'Ordonnance sur les soumissions du canton d'Uri (Recommandations Uri), non publiées, remarque concernant l'article 6 du projet, p. 4. Recommandations de la Commission de la concurrence du 6 juillet 1998 concernant le projet de loi sur les marchés publics du canton de Neuchâtel du 6 mai 1998 (Recommandations NE), RPW/DPC 1998/2, p. 336 ss, chiffre 9.

³ Recommandations de la Commission de la concurrence du 3 novembre 1997 relatives aux projets de soumission des cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne, RPW/DPC 1997/4, p. 591 ss.

9. Ces modifications engendrent davantage de transparence et de concurrence. Elles contribuent ainsi à développer un marché intérieur suisse dans le domaine des marchés publics.

10. Les présentes recommandations ont trait au champ d'application en matière de concessions, à la réglementation des exceptions, à la réciprocité, au libre choix entre procédures ouverte et sélective, à la limitation du nombre d'offres dans la procédure sélective, à une pratique plus large des procédures d'adjudication, ainsi qu'aux prescriptions relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs.

4. Champ d'application et concessions

11. S'agissant du champ d'application des dispositions relatives aux marchés publics, il faut remarquer que l'octroi de concessions est en partie liée à l'accomplissement de tâches publiques (par ex. l'octroi de droits exclusifs dans le cadre de l'exploitation du domaine public pour la publicité extérieure) auquel cas les prescriptions relatives aux marchés publics sont applicables⁴. La Commission de la concurrence recommande de s'assurer que l'octroi de concessions liées à l'exécution de tâches publiques tombe dans le champ d'application du projet.

Recommandation: la Commission de la concurrence recommande de s'assurer que l'octroi de concessions relatives à l'utilisation du domaine public tombe dans le champ d'application du projet.

5. Exceptions (art. 10 du projet)

12. L'article 10 énumère un certain nombre de cas pour lesquels l'accord n'est pas applicable (marchés passés avec des institutions pour handicapés, dans le cadre de programmes agricoles, pour l'acquisition d'armes etc., de même qu'en cas de menace pour les bonnes mœurs ou pour l'ordre public, etc.).

13. De façon générale, tous les marchés visant la réalisation de tâches publiques sont soumis à la LMI. Il n'y a pas d'exceptions à l'application de l'article 5 LMI en relation avec l'article 3 LMI⁵. En revanche, les circonstances particulières d'un cas peuvent justifier d'opter pour une procédure restreignant l'accès au marché (par ex. l'adjudication directe). Ce point doit cependant être décidé au cas par cas.

14. La Commission de la concurrence recommande donc de modifier l'article 10 du projet, de façon à ce que les exceptions ne s'appliquent

⁴ Recommandations de la Commission de la concurrence conformément à l'art. 8 al. 2 LMI du 17 mai 1999 à l'attention des collectivités publiques des cantons et communes concernant les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure, RPW/DPC 1999/2, p. 267 ss.

⁵ Recommandations NE, loc. cit., p. 336 ss., ch. 8 ss.

qu'au domaine couvert par des traités internationaux, les prescriptions de la partie générale étant par ailleurs applicables. Il convient donc de modifier l'intitulé ainsi que la phrase d'introduction du premier alinéa. Il convient également de biffer le deuxième alinéa de l'article 10. Par ailleurs, il pourrait être indiqué dans un commentaire ou dans d'éventuelles explications que les cas de marchés publics mentionnés ci-dessus (protection des biens publics et droits découlant de la propriété intellectuelle) peuvent être soumis à une procédure d'adjudication directe.

Recommandations: la Commission de la concurrence recommande de modifier l'intitulé de l'article 10 du projet comme suit:

" Art. 10 Exceptions pour les marchés publics soumis à des traités internationaux

¹ S'agissant des marchés publics soumis à des traités internationaux, le présent accord n'est pas applicable..."

La Commission de la concurrence recommande de supprimer l'article 10 alinéa 2 du projet et de compléter le commentaire dans le sens mentionné ci-dessus.

6. Clause de réciprocité (art. 10bis let. a du projet)

15. L'article 10bis du projet dispose que l'accord est applicable aux offreurs ayant leur domicile ou leur siège a) dans un canton partie à l'accord, b) dans un Etat qui est engagé de façon correspondante par un traité.

16. La réciprocité est possible en ce qui concerne des Etats qui sont engagés de la même façon par des traités internationaux. La réserve de la réciprocité est en revanche devenue caduque pour les cantons suite à l'entrée en vigueur de la LMI. Dans un marché intérieur suisse, tous les offreurs qui possèdent un siège ou un établissement en Suisse disposent d'un accès libre et non discriminatoire au marché. Pour ces motifs, la Commission de la concurrence recommande de biffer l'art. 10bis let. a du projet⁶.

Recommandation: la Commission de la concurrence recommande de biffer la clause de réciprocité concernant les cantons qui figure à l'article 10bis lettre a du projet.

7. Procédure d'adjudication (art. 12 du projet)

17. L'article 12 du projet opère une distinction entre d'une part procédure ouverte et procédure sélective et d'autre part, entre

⁶ Recommandations rév. AIMP, loc. cit., p. 332.

procédure d'invitation et procédure d'adjudication directe. Dans la procédure ouverte, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu et tout offreur peut présenter une offre. Dans le cadre de la procédure sélective, l'adjudicateur lance un appel d'offres public et tous les intéressés peuvent présenter une demande de participation; l'autorité adjudicatrice détermine quels sont les offreurs qui remplissent les qualifications requises et les invite à adresser une offre. Dans la procédure d'invitation, l'adjudicateur décide directement, sans publication préalable, quels sont les offreurs invités à présenter une offre. Finalement, dans la procédure d'adjudication directe, l'adjudicateur adjuge directement.

1. *Choix entre procédure ouverte et procédure sélective (art. 12bis al. 1er du projet)*

18. Les marchés soumis aux traités internationaux peuvent, au choix, être passés selon la procédure ouverte ou sélective (art. 12bis du projet). Faute de disposition contraire, ce choix est également valable pour les autres marchés publics. Le commentaire n'apporte aucune précision à ce sujet.

19. Par le biais de la procédure sélective, le choix des participants à la procédure d'adjudication est limité. Dès lors, il ne devrait s'effectuer que de façon restrictive, et pour autant que les circonstances du cas l'exigent (par exemple en raison de la complexité du marché en question). Une application arbitraire de la procédure sélective pourrait restreindre l'accès au marché, sans pour autant être justifiée par l'article 3 LMI. Une utilisation de critères protectionnistes serait sans autre contraire à la LMI.

Recommandation: La Commission de la concurrence recommande d'ancrer le principe d'une application restrictive de la procédure sélective.

2. *Limitation du nombre d'offreurs dans le cadre de la procédure sélective (art. 12 al. 1er let. b du projet)*

20. Dans le cadre de la procédure sélective, l'adjudicateur peut limiter le nombre de candidats invités à présenter une offre, en fonction de critères d'aptitude "s'il n'est pas compatible avec un fonctionnement efficace du mécanisme d'adjudication des marchés. Une concurrence réelle doit cependant être garantie" (art. 12 al. 1 let. b du projet). Le commentaire n'apporte aucune précision à ce sujet.

21. En principe, tous les candidats qualifiés devraient pouvoir déposer une offre dans le cadre de la procédure sélective. La limitation du nombre d'offreurs constitue une restriction à la concurrence. Dans ses recommandations du 18 mai 1998, la Commission de la concurrence a salué le contenu du rapport explicatif à ce sujet, qui précise qu'une restriction constitue l'exception et qu'elle doit être annoncée dans les

documents d'appel d'offres⁷. La Commission de la concurrence confirme le bien-fondé de ces précisions et recommande de compléter l'article 12 alinéa 1 lettre b du projet par une formulation correspondante. En outre, il y aurait lieu d'indiquer dans un éventuel rapport explicatif qu'une limitation du nombre d'offreurs dans une procédure sélective n'est admissible que dans des cas exceptionnels.

22. Finalement, l'autorité adjudicatrice ne doit pas discriminer les offreurs extérieurs par rapport aux offreurs locaux (art. 3 al. 1er let. a LMI; voir également ch. 6 et 26 des recommandations précitées). Une indication allant dans ce sens devrait également figurer à l'article 12 alinéa 1 lettre b du projet.

Recommandation: la Commission de la concurrence recommande de compléter l'article 12 alinéa 1 lettre b du projet en tenant compte de ce qui suit:

- **La limitation du nombre d'offreurs doit être expressément mentionnée dans l'appel d'offres, et**
- **Il n'est pas permis de discriminer les offreurs extérieurs par rapport aux offreurs locaux.**

3. Procédure ouverte comme principe

23. Le principe d'un accès au marché non discriminatoire (art. 5 en relation avec l'art. 3 LMI) vaut pour tous les marchés des cantons et communes, indépendamment de l'importance de chaque projet⁸. La notion "de grande importance" doit être interprétée à la lumière de l'exigence minimale figurant à l'article 5 en relation avec l'article 3 LMI.

24. Du point de vue d'un accès au marché non discriminatoire et de la concurrence, la procédure ouverte est celle qui doit être privilégiée parmi toutes les procédures prévues⁹. Dans le cadre de cette procédure, tous les offreurs intéressés qui s'informent dans les organes de publication relevant la possibilité de participer et de soumettre une offre. Dans un premier temps, ils ont ainsi accès aux différents marchés mis au concours. Un offereur qui est exclu en cours de procédure a par la suite la possibilité d'interjeter un recours contre la décision d'adjudication.

⁷ Recommandations rév. AIMP, op. cit., p. 332, ch. 16.

⁸ Recommandations NE, op. cit., p. 338, chiffres 8-10; Thomas Cottier/Benoît Merkt, Die Auswirkungen des Welthandelsrechts der WTO und des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das öffentliche Beschaffungswesen, in: Roland von Büren/Thomas Cottier (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Berner Tage für die juristische Praxis BTJP, Stämpfli Verlag AG, Bern 1996, p. 35 ss, 57 ss.

⁹ Recommandations NE, op. cit., p. 340, ch. 16; Recommandations rév. AIMP, op. cit., p. 332, ch. 14.

25. Les procédures d'invitation et d'adjudication directe privent les offreurs qui n'ont pas été pris en considération de la possibilité de s'informer du projet de marché et de participer à la procédure. Dès lors, elles constituent des restrictions à l'accès au marché, qui ne sont admissibles qu'aux conditions prévues par l'article 3 LMI¹⁰.

4. Conditions générales relatives à la fixation de valeurs seuils

26. Etant donné que les procédures d'invitation et d'adjudication directe restreignent l'accès au marché, les valeurs seuils définissant l'application de ces deux procédures ne sont admissibles que dans la mesure où elles remplissent les conditions cumulatives de l'article 3 LMI. Ainsi, des valeurs seuils doivent impérativement s'appliquer de la même façon aux offreurs locaux (art. 3 al. 1 let. a LMI), être indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (art. 3 al. 1 let. b et al. 2 LMI) et respecter le principe de proportionnalité (art. 3 al. 1 let. c et al. 3 LMI). En outre, la fixation de valeurs seuils ne saurait prendre en considération des arguments ou des réflexions pouvant être interprétés comme des obstacles déguisés aux échanges, destinés à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 4 LMI).

Pas de discrimination formelle (art. 3 al. 1 let. a LMI)

27. En vertu de l'article 3 alinéa 1 lettre a LMI, des restrictions à la liberté d'accès au marché s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux. Il faut dès lors déterminer des valeurs seuils s'appliquant indifféremment aux offreurs locaux et extérieurs.

Intérêts publics prépondérants (art. 3 al. 1 let. b et al. 2 LMI)

28. S'agissant des valeurs seuils soumises à publication, entrent en ligne de compte comme intérêt public prépondérant des motifs d'économie de procédure et des motifs d'économie politique. D'autres intérêts, par ex. des motifs de politique industrielle, ne sont pas admissibles. La hauteur des valeurs seuils est donc fonction de la charge administrative causée par l'exécution de la procédure de mise au concours.

29. Dans l'ensemble pourtant, les effets économiques sont déterminants s'agissant de la réglementation des valeurs seuils. La fixation de valeurs seuils doit permettre à la concurrence d'intervenir pour la plus grande part possible des volumes des marchés publics, tout en garantissant la rentabilité des procédures d'adjudication. Le but est d'économiser les ressources publiques et d'encourager la qualité et l'innovation dans une perspective économique, ce qui est en faveur de la place économique suisse.

¹⁰ Recommandations NE, op. cit., p. 340, ch. 16; Recommandations rév. AIMP, op. cit., p. 332, ch. 14.

Proportionnalité (art. 3 al. 1 let. c et al. 3 LMI)

30. Les mesures limitant l'accès au marché doivent respecter le principe de la proportionnalité tel que prévu à l'article 3 alinéa 1 lettre c et alinéa 3 LMI. Cela signifie que la mesure envisagée doit être nécessaire et constituer le moyen le plus modéré pour atteindre le but recherché. Enfin, un rapport raisonnable doit exister entre le résultat recherché et les limites à la liberté nécessaires pour atteindre ce résultat¹¹. Conformément à l'article 3 LMI, les restrictions répondent au principe de la proportionnalité lorsque la protection recherchée ne peut pas être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance. Sur ce point, il faut tenir compte des certificats et garanties que l'offreur a déjà fourni à son lieu de provenance. Il est illicite d'exiger au préalable de l'offreur qu'il ait son siège ou sa résidence au lieu d'exécution des travaux.

31. Les dispositions relatives aux valeurs seuils dans la procédure d'invitation et d'adjudication directe sont de manière générale des moyens propres à sauvegarder le principe de l'économie de la procédure. Si les valeurs seuils sont fixées à un niveau permettant à la fois de préserver le principe de l'économie de la procédure et les aspects de politique économique, on peut alors parler du moyen le plus modéré pour atteindre le but visé. Concrètement, il convient de prendre en considération le rapport entre l'importance du marché et les charges administratives liées à la procédure d'adjudication¹². Il faut en même temps garantir qu'une part aussi importante que possible du volume total des marchés soit attribuée dans le cadre d'une mise au concours.

32. Les valeurs seuils doivent ainsi être fixées à un niveau qui soit le plus profitable d'un point de vue économique. Tout en assurant la rentabilité des procédures d'adjudication, elles doivent permettre à la concurrence d'intervenir autant que possible lors de l'adjudication de marchés publics. Par ailleurs, le fait d'invoquer qu'une "marge de manœuvre" permet de donner la préférence aux offreurs locaux serait contraire à l'article 3 alinéa 1 lettre a LMI.

5. Valeurs seuils du projet (art. 12bis al. 2 du projet)

33. Le champ d'application du projet opère une distinction entre les marchés publics soumis aux traités internationaux et les autres marchés publics (art. 5bis et 6 du projet). Font partie des marchés soumis aux traités internationaux, tous les marchés qui sont compris dans les engagements internationaux. Les autres marchés publics entrent dans la partie générale (art. 6 al. 3 et 7 du projet).

¹¹ ATF 121 I 129, c. 3b, et renvois mentionnés.

¹² Recommandations rév. AIMP, p. 334, chiffre 21.

34. Les valeurs seuils relevant des marchés publics soumis aux traités internationaux sont déterminées d'après les engagements internationaux. Il n'y a pas lieu ici de s'étendre davantage sur cet aspect. Par contre, les valeurs seuils applicables aux autres marchés publics ont une signification particulière au regard de la LMI.

35. Les autres marchés publics ont les valeurs seuils suivantes:

	biens/services (en CHF)	Constructions (en CHF)
Adjudication directe	jusqu'à 50'000.--	jusqu'à 100'000.--
procédure d'invitation	jusqu'à 250'000.--	jusqu'à 500'000.--
procédure ouverte	dès 250'000.--	dès 500'000.--

36. Ces valeurs seuils sont unilatéralement souples, ce qui signifie qu'un marché peut être adjugé selon la procédure d'invitation ou la procédure ouverte au lieu de la procédure d'adjudication directe, mais pas l'inverse. S'agissant des marchés publics qui ne sont pas soumis à des traités internationaux, les cantons sont en principe libres de prévoir des valeurs inférieures. Il convient de relever qu'il faut appliquer les dispositions correspondant à la procédure choisie et qu'on ne saurait déduire des réserves de réciprocité en se fondant sur l'application de valeurs seuils inférieures (art. 12bis du projet).

37. Le secrétariat a eu l'occasion de s'exprimer quant au montant des valeurs seuils, dans un courrier du 2 septembre 1999 adressé à la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement. Sur la base d'une étude réalisée par ECOPLAN en janvier 1994, il a proposé des valeurs seuils inférieures (CHF 300'000.-- pour la publication des travaux de constructions et CHF 150'000.-- pour les biens et services).

38. La Commission de la concurrence prend connaissance du courrier du secrétariat. Elle s'est déjà exprimée à ce sujet dans ses recommandations du 25 mai 1998 concernant le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Elle confirme ses précédentes constatations, à savoir que c'est la pratique qui démontrera s'il y a lieu de modifier les valeurs seuils du projet.

39. Pour être en mesure d'apprécier d'ici quelques années s'il y a lieu de modifier les valeurs seuils, les données y relatives doivent être saisies dès aujourd'hui. La Comco recommande aux cantons de prendre les dispositions nécessaires pour ce faire et d'impliquer, au sens de l'article 4 alinéa 4 du projet, le secrétariat de la Commission de la concurrence.

Recommandation: la Commission de la concurrence recommande que soient prises des mesures destinées à assurer que soient disponibles en temps utile les données et expériences nécessaires à la détermination d'une éventuelle modification des valeurs seuils. Dans ce contexte, elle recommande d'impliquer le secrétariat de la Commission de la concurrence dans ses travaux.

8. Prescriptions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (art. 11 let. e du projet)

40. Lors de l'adjudication de soumissions, il faut prendre en compte les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (art. 11 let. e du projet). Le rapport explicatif ne contient pas de précisions à ce sujet.

41. En vertu de la LMI, ce sont les prescriptions de travail en vigueur au lieu de provenance qui sont déterminantes. La Commission de la concurrence confirme ici ses recommandations du 18 mai 1998 (Recommandations rév. AIMP) ainsi que celles du 6 juin 1998 (Recommandation NE). En conséquence, l'observation des prescriptions concernant la protection des travailleurs et des conditions de travail sont en principe valables au lieu d'exécution, étant donné que toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes. La Commission recommande de mentionner cette problématique dans le commentaire et de compléter en conséquence l'article 11 lettre e du projet.

Recommandation: la Commission de la concurrence recommande de compléter le rapport explicatif dans le sens mentionné ci-dessus et l'article 11 lettre e du projet comme suit:

"Art. 11 Principes généraux

...

e. ... de travail; dans ce contexte, toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes;"

9. Clause d'exception (art. 8 al. 1 let. a et al. 2 du projet)

42. Le projet contient une prescription valable aussi bien pour les marchés soumis aux traités internationaux que pour les autres marchés publics, selon laquelle les adjudicateurs sont soumis à l'AIMP, dans la mesure où ils n'ont pas un caractère commercial ou industriel (art. 8 al. 1er let. a et al. 2 let. b du projet). En d'autres termes, l'accord n'est pas applicable à une entité ayant un caractère commercial ou industriel. Le commentaire se réfère à ce propos à la "clause d'exception" figurant dans l'accord bilatéral.

L'article 3 alinéa 5 de l'accord bilatéral CH - CE prévoit en effet la possibilité de "soustraire à l'accord des entités (p.ex. des opérateurs de

télécommunications ou des entités opérant dans le domaine de l'énergie) pour certains marchés si la concurrence est assurée et que d'autres entités sont libres d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique à des conditions substantiellement identiques (principe de la clause d'exception)"¹³. Selon le Message, l'application de critères économiques est suffisamment garantie dans ces cas et par tant, une réglementation étatique apparaît superflue. Des questions de délimitation des compétences des cantons doivent être clarifiées au sein d'un groupe de travail formé de représentants de la Confédération et des cantons¹⁴.

44. La transposition dans le droit suisse des engagements résultant de l'accord bilatéral sont actuellement en cours. Un représentant du secrétariat de la Commission de la concurrence siège dans le groupe de travail de l'administration fédérale. Compte tenu du fait que ces tâches ne sont pas encore achevées, le projet devrait contenir une formulation plus générale, qui pourrait éventuellement se référer à l'accord bilatéral CH - CE.

¹³ Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, édition spéciale, p. 76 ss.

¹⁴ Message, loc. cit., p. 76 ss, 81 ss.
